

Da informação ao preso do direito a permanecer em silêncio na prisão em flagrante

Autor: Marcelo Cardozo da Silva

Juiz Federal,

Mestre em Direito do Estado pela UFRGS

Publicado na Edição 25 - 29.08.2008

Súmario: Introdução. 1 Da garantia do preso a ser informado do direito a permanecer em silêncio. 2 Do momento da incidência do dever de informação acerca do direito a permanecer em silêncio. 3 Das conseqüências do desatendimento da norma. Conclusão.

Introdução

Em uma prisão em flagrante, dentre as questões que se colocam em debate, reiteradamente vem à baila a discussão a respeito da forma como o sistema jurídico disciplina o estabelecimento das comunicações travadas entre o Estado e o preso.

Mais especificamente problemáticas, encontram-se a possibilidade de realização de questionamentos no momento que medeia a prisão em flagrante e o interrogatório do preso, a forma como e o momento em que os questionamentos podem ser feitos e o próprio dever estatal de informação do direito ao silêncio e à não-produção de provas contra si.

No presente texto, tais temas serão abordados a partir da apreciação do alcance da norma disposta no inciso LXIII, primeira parte, do artigo 5º da Constituição Federal ("LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado..."), verificando-se o momento da incidência dessa norma e as conseqüências do desatendimento dela na prisão em flagrante, visando-se ao apontamento de possíveis soluções a problemas vivenciados na prática que, poucas vezes, são objeto de discussão mais detida na doutrina e na jurisprudência.

1 Da garantia do preso a ser informado do direito a permanecer em silêncio

Disciplina o artigo 5º, inciso LXIII, primeira parte, da Constituição Federal que:

“Artigo 5º...

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”

Desse enunciado normativo pode-se extrair a seguinte norma, doravante denominada regra “1”:(1)

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informar-lhe o direito de permanecer em silêncio.(2)

Nessa regra não resta estabelecido, propriamente, nem o direito a permanecer em silêncio, nem o direito contra a auto-incriminação. O direito contra a auto-incriminação perfaz, em verdade, uma das concretizações do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF).(3)

O direito a permanecer em silêncio, por sua vez, constitui-se em uma das espécies do gênero do direito contra a auto-incriminação.(4) Na regra “1” resta estabelecido, na realidade, como direito fundamental, o direito do preso a ser informado do seu direito a permanecer em silêncio.

Constitui dever estatal considerar aquele que é investigado como um sujeito de direitos, e não como um meio, como um objeto para a obtenção de elementos de informação contra si. O desrespeito ao direito contra a auto-incriminação repercute na desconsideração do imputado como sujeito de direitos, que passa a ser tido como simples objeto da pretensão punitiva estatal; representa, ademais, um superdimensionamento da atividade estatal sobre o indivíduo, que sofre um menoscabo em sua liberdade moral em favor de uma hipertrofia do estamento punitivo estatal, que, não bastasse a fragilidade do imputado, tem-no como um objeto para mera extração de elementos de prova que contra ele serão utilizados, justamente, pelo Estado.

É certo que aquele contra quem se dirige a imputação pode vir a colaborar, no exercício de livre vontade (despida de quaisquer vícios de consentimento), com a persecução penal. Trata-se, contudo, de uma decisão, de uma opção, cabendo, exclusivamente, ao imputado resolver se manifestar-se-á acerca do fato tido como criminoso, não lhe podendo ser empregados quaisquer meios que visem a influenciá-lo na tomada dessa decisão, tais como a coação física, psicológica, a dissimulação, a fraude, a indução em erro.(5)(6) Em verdade, a opção pelo silêncio, como opção por um estado de defesa lícito,(7) impede, inclusive, a continuidade dos questionamentos.(8) Se questionamentos se seguirem após a opção pelo silêncio, passam, então, a assumir a feição típica de mero instrumento de coação e de aflição, uma vez que passam a ser tidos, pela desconsideração da opção constitucional realizada, como meio ilícito para retirar o preso

de seu estado de defesa com vistas a que dele possam ser colhidos elementos de informação. Dessa maneira, a produção de prova contra si próprio encontra-se na estrita margem de liberdade do imputado, não se lhe podendo exigir quaisquer colaborações ativas,**(9)** cabendo-lhe, única e exclusivamente, optar entre fazer e não fazer prova contra si.**(10)**

O direito fundamental de ser informado do direito a permanecer em silêncio, veiculado na regra "1", porque se refere a uma das espécies do gênero direito contra a auto-incriminação, pode, dentro de um contexto comunicativo diverso, vir a transmudar-se, vindo a constituir-se em um direito de ser informado do direito à não-realização de determinados sinais (escritos, manuais), ou em um direito de ser informado do direito à não-realização de determinados comportamentos. A Constituição, em verdade, faz referência expressa ao direito de ser informado do direito a permanecer em silêncio, na regra "1", em função de que, na maior parte das vezes, a auto-incriminação pode surgir de perguntas orais formuladas, que são de mais larga aplicação no meio social. Se se deixar, contudo, o campo próprio de sentido da advertência ao direito a permanecer em silêncio, a advertência do direito a permanecer em silêncio deve-se adequar ao contexto fático evidenciado, informando-se, nas condições então experimentadas, o preso desse direito.**(11)** Assim sendo, a regra "1" poderia vir a ser enunciada da seguinte forma, a partir do direito contra a auto-incriminação, de que é gênero o direito a permanecer em silêncio:

Regra 1.1

Se A for preso, A tem o direito em face de Estado de este informar-lhe o direito a não ser compelido a fazer prova contra si.

Assim, além de assegurar o direito contra a auto-incriminação, por decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição, com a regra "1.1", vai além. Exige, também, que, concretamente, para o exercício da opção assegurada fazer/não fazer prova contra si, que dela tenha conhecimento o preso. Do dever de informação dessa opção é que dá conta a regra "1.1", que se deve realizar de forma inequívoca: como estabelecimento de uma relação comunicativa, além de o Estado ter o dever de expressar a comunicação constitucional referida de forma a ser compreendido, também é imprescindível que aquele em favor de quem é realizada a informação tenha-a compreendido.**(12)**

2 Do momento da incidência do dever de informação acerca do direito a permanecer em silêncio

As relações comunicativas estabelecidas com o preso, no que tange aos fatos tidos como ilícitos, devem-se inaugurar com a informação a ser-lhe passada de que tem o direito a permanecer em silêncio.**(13)**

As comunicações travadas entre Estado e **preso** estabelecem-se em momentos típicos previstos no CPP, revestindo-se de solenidades e de formalidades. Tais momentos típicos são, essencialmente, os seguintes: 1) interrogatório policial (artigo 6º, inciso V, do CPP); 2) acareação policial (artigo 6º, inciso VI, do CPP); 3) interrogatório judicial (artigo 185 e ss. do CPP); 4) acareação judicial (artigos 229 e 230 do CPP). Em todos tais momentos, incide o dever de comunicação acerca do direito de permanecer em silêncio, que deve restar de forma categórica certificada.**(14)**

As relações comunicativas Estado-presos, tendo como objeto os fatos tidos como criminosos, não se podem levar a efeito fora dos momentos típicos, em **entrevistas informais(15)** de quaisquer espécies: primeiro, porque haveria o descumprimento das formas previstas legalmente para o estabelecimento da relação de comunicação, do qual decorre, por conseguinte, a desconsideração dos diversos mecanismos de controle incidentes;**(16)** segundo, porque, em princípio, não haveria a assistência de advogado, tida como constitucionalmente vinculante na prisão em flagrante;**(17)** terceiro, porque haveria uma desconsideração da fragilidade**(18)** a que se encontra submetido o preso, da qual decorre a exigência de que, para que do preso se obtenham provas auto-incriminatórias, respeite-se estritamente o regular procedimento previsto em lei.**(19)**

Em realidade, a se aceitar o emprego de **entrevistas informais**, abrir-se-ão portas para a realização de **interrogatórios extra-oficiais**, realizados no intuito de obtenção de provas e/ou de elementos a partir dos quais provas outras poderão ser produzidas.**(20)** O Estado não pode esconder o seu atuar na penumbra da ignorância ou da fragilidade do preso, valendo-se do susto, da pressão psicológica, da surpresa, da coação para a obtenção de provas **auto-incriminatórias**: somente no âmbito do procedimento estabelecido em lei podem ser tidos como lícitos os questionamentos estatais.

Nesse contexto, se um agente público, tal como um policial, realizar questionamentos ao preso fora dos momentos típicos previstos legalmente, os elementos de informação de aí decorrentes não poderão ser utilizados contra o preso. Assim, jamais as respostas a esses questionamentos poderão vir travestidas, para o inquérito/processo, valendo-se da forma típica de um testemunho prestado pelo agente público. Seria absurdo reconhecer a ilicitude da entrevista informal (da qual decorre a ilicitude da prova colhida) e, ao mesmo tempo, autorizar que tais dados colhidos ilicitamente

ingressem no inquérito/processo por intermédio de “testemunho” a ser prestado pelo perpetrador da ilicitude. Eventual testemunho que seja realizado nesse contexto apenas servirá para um único fim: demonstrar a ilicitude da entrevista informal realizada. Acerca da ilicitude dos elementos de informação colhidos a partir de uma **entrevista informal**, em precedente bastante elucidativo, no qual, ainda, se sublinhou a imprescindibilidade do atendimento ao dever de informação do direito a permanecer em silêncio, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 80.449-9/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.12.2001, decidiu que:

“(…)

III. Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais.

3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita ‘conversa informal’, modalidade de ‘interrogatório’ sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art, 6, V) – se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.

4. O privilégio contra a auto-incriminação – nemo tenetur se detegere –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. –, importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não. (…)”

No voto do relator, colhe-se que:

“43. Regulando o inquérito, dispõe o C. Pr. Pen. que, entre outras diligências de investigação, deve a autoridade que o dirija ‘ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII deste Livro’ – é dizer, das regras que disciplinam o interrogatório do acusado pelo Juiz (arts. 185 ss) –, ‘devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura’. 44. São requisitos do interrogatório policial, da ausência dos quais pode decorrer a nulidade do ato e a conseqüente desconsideração dos elementos informativos nele colhidos, se invocados pela acusação: é o que Ada Grinover – na senda de Nuvolone – chama ‘prova ilegítima’ – a tomada com inobservância de imperativos ou vedações processuais, para

distingui-la da prova ilícita. 45. **O interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado – e menos ainda para validar eventual confissão nelas contida – o registro, gravado ou não, de ‘conversa informal’ dele com policiais.** 46. A Constituição, no entanto, aditou outra exigência essencial à valoração no processo de declarações do indiciado ou do réu, ao erigir, como garantia fundamental do acusado: ‘Art. 5º (...) LXIII. o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...’ 47. Elevando aí o nemo tenetur se detegere à alçada de garantia fundamental – além da inconstitucionalidade superveniente, consensualmente admitida, da parte final do art. 186 C.Pr.Pen –, a Constituição – na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos Escobedo vs Illinois (378 U.S. 478 (1964) e Miranda vs Arizona (384 U.S. 436 (1969) –, impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência ao interrogado de seu privilégio contra a auto-incriminação. **48. A falta da advertência – e, como é óbvio, da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório.**” (destaquei)

Não se resume, no entanto, a incidência da regra “2.1” aos momentos típicos, nos quais há questionamentos estatais: o dever de informação acerca da direito de permanecer em silêncio atinge o Estado desde o momento da realização da prisão-captura. A regra “1.1” estabelece, também, uma exigência de fair play; não se há esconder, pela omissão, a informação devida: mesmo que não haja questionamentos, cabe ao Estado informar ao preso seu direito, sua opção em permanecer, ou não, em silêncio. Há expressa exigência constitucional de informação: não pode o Estado deliberadamente restar silente, deixando de promover a informação constitucional devida, para ficar a observar o preso, esperando eventual manifestação auto-incriminatória. Até pode o preso vir a, por vontade sua, se manifestar acerca do fato criminoso: antes disso, contudo, deve o Estado dar-lhe ciência acerca de seu direito a não se incriminar.

3 Das conseqüências do desatendimento da norma

O direito contra a auto-incriminação, que tem, como estado defensivo possível, o direito a permanecer em silêncio, não resume seu campo de incidência às hipóteses em que se dá a segregação de alguém. Pelo contrário, o direito contra a auto-incriminação, gênero do direito a permanecer em silêncio, aplica-se em favor de todos, independentemente de que se esteja, ou não, com a liberdade de locomoção restringida, consubstanciando um dos consectários do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse

contexto, observa-se que tal direito, embora tido, expressamente, na Constituição, como sendo de necessária informação (a regra "1.1") e observância em casos de prisões, mantém uma relação de pertinência indireta com a restrição à liberdade de locomoção, que lhe é acidental para incidência.

Em realidade, o direito a ser informado do direito a permanecer em silêncio não perfaz elemento de validade formal da prisão: é elemento central de validade da possível auto-incriminação havida.

Com efeito, sem o respeito ao dever de comunicação constitucional referido, os elementos de informação que de aí advierem não apresentarão nenhuma relevância probatória contra o preso: se os questionamentos (que se devem dar nos momentos para tanto previstos no ordenamento jurídico) não forem precedidos da advertência do direito a permanecer em silêncio, eventuais respostas concedidas pelo preso contra ele imprestáveis para quaisquer fins probatórios. **(21)**

Por conseguinte, os elementos de informação obtidos com violação a essa garantia redundam na imprestabilidade da utilização deles para a lavratura do auto de prisão em flagrante. Se a prisão-captura deuse, exclusivamente, com base em informações colhidas do próprio preso, ao arrepio da prévia comunicação constitucional, a formalização da prisão que de aí decorrer será nula. Se não se deu exclusivamente com base nas informações colhidas do preso em tais condições de ilicitude, a formalização da prisão estará a depender da suficiência de elementos válidos de informação para sua realização. **(22)**

Conclusão

Na prisão em flagrante, para o estabelecimento de relação de comunicação válida com o preso acerca dos fatos tidos como criminosos, devem-se observar os momentos para tanto veiculados em lei, nos quais incide o comando estabelecido no inciso LXIII, primeira parte, do artigo 5º da Constituição Federal, que determina seja o preso informado de seu direito a permanecer em silêncio, pena de invalidação da prova colhida ao arrepio dessa norma.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Tradução de Antonio López Pina, p. 117-144, in **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, 1996.

CORDÓN MORENO, Faustino. **Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

GARCIA MORILLO, Joaquín. **El derecho a la libertad personal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1995.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. **Derecho Procesal Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

Notas

1. Do ponto de vista estrutural, as normas, enunciados deônticos que veiculam mandados, permissões e proibições, podem ser divididas em regras e em princípios (no presente texto, no que tange à apreciação das espécies normativas **princípios e regras**, adota-se a construção teórica apresentada por Robert ALEX Y na obra **Teoría de los derechos fundamentales**, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

As normas que apresentam a estrutura de regras podem ser enunciadas da seguinte forma:

Se "A" acontecer, então se deve seguir a consequência jurídica "B".

Trazem, como consequência da realização do tipo abstrato (vale dizer, de "A", no exemplo), uma determinada e específica consequência jurídica (vale dizer, "B", no exemplo), ou seja, um mandado, uma permissão ou uma proibição definitiva. Tal como expõe ALEX Y:

"las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones de lo fáctico y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada.

No son susceptibles de ponderación y tampoco necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho.” **(El concepto y la validez del derecho.** 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162)

Isso, contudo, que se passa no plano estrutural, em nada altera a necessidade de interpretação da norma. Tanto “A” quanto “B”, no exemplo, devem ser interpretados, sujeitando-se à exposição argumentativa. Assim, quando se faz referência, por exemplo, a um **mandado definitivo**, não se quer, de nenhuma forma, afastar o processo interpretativo: quer-se dizer somente que a própria norma traz consigo uma consequência jurídica específica caso ocorrente seu tipo abstrato.

As regras, nas relações que mantêm entre si, para que convivam em um sistema normativo, não devem apresentar contradições, tais como:

(1) Se “A” acontecer, deve-se seguir a consequência jurídica “B”;

(2) Se “A” acontecer, não se deve seguir a consequência jurídica “B”.

Logicamente, a regra “1” exclui a regra “2”, já que antagônicas, pelo que uma delas deverá ser tida como inválida, havendo de se lhe negar vigência, retirando-a do ordenamento jurídico.

Para a solução desse conflito, de forma a que ambas as regras permaneçam em vigor, será necessária a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras: adicionando-se, na regra “1”, por exemplo, uma cláusula de exceção, a regra “2” deixa, na ocorrência da exceção, de entrar em conflito com a regra “1”; assim:

Se “A” acontecer, deve-se seguir a consequência jurídica “B”, salvo se “C” se fizer presente.

A cláusula de exceção faz-se presente, por exemplo, quando, a partir de diversos enunciados normativos, é possível extrair campos próprios e específicos de aplicação de uma das regras, deixando-se à outra o disciplinamento dos demais campos.

Todavia, não sendo possível a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras (“1” ou “2”) deverá ser tida como inválida. Para resolver tal conflito entre regras, diversas soluções podem ser adotadas:

1) a regra posterior revoga a regra anterior;

2) a regra especial revoga a regra geral;

3) a regra de hierarquia superior invalida a regra de hierarquia inferior.

2. Também nessa linha, a Constituição Espanhola, no artigo 17, 3, primeira parte, estabelece que “toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar”.

3. Tanto que a todo aquele que figure como **investigado**, sob qualquer título, na esfera penal, é concedido o direito contra a auto-incriminação. Mas não só. De forma bastante ampla, assegura-se a incidência desse direito em todas as hipóteses em que, em face dos questionamentos, possa decorrer a auto-incriminação, tendo o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, reconhecido-o em favor, até mesmo, de testemunhas (v.g., HC 79.589/DF, Pleno, Rel. Min. Otávio Gallotti, julgado em 05.04.2000; HC 79.812, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 08.11.2000). Também nessa linha é a experiência alemã, tal como dá conta ROXIN: “Según el Derecho alemán, un testigo puede negarse a contestar a una pregunta si la respuesta lo pone en peligro de ser perseguido por la Justicia debido a un determinado hecho delictivo (parágrafo 55 del Código Procesal Penal). Aquí también se amplía al testigo, probablemente culpable, la protección general frente a la obligación de auto-incriminación, antes de que se inicie contra él un proceso penal. Sin embargo, de aquí se deriva el siguiente problema: cuando se inicie un proceso contra el testigo, puede emplearse la negativa a proporcionar información en el primer proceso en contra suya una vez que se ha convertido en inculpado? Las autoridades encargadas del proceso podrían, por ejemplo, argumentar que, de la negativa a ofrecer información, se deduce que el testigo tendría miedo de las consecuencias penales que una contestación verídica a la pregunta podría tener para él; esto constituiría un importante indicio de la existencia de una efectiva conducta delictiva. El Tribunal Supremo Federal trató por primera vez el problema en mayo de 1992 (BGHSt 38, 302) y decidió que, de la anterior negativa a dar información, no puede deducirse ninguna consecuencia perjudicial para el procesado. Esta es la solución correcta. Ya que la protección frente a la auto-incriminación, a cuyo servicio está el derecho a negarse a contestar, se invertiría si, precisamente, la negativa a dar información pudiera ser utilizada como una carga, con lo que nunca llegaría a ejercerse un derecho tan peligroso y el precepto legal carecería de significado”. (ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000. p. 135-136)

4. Acerca do direito contra a auto-incriminação, ver, também, QUEIJO, Maria Elizabeth, **O direito de não produzir prova contra si mesmo**, São Paulo: Saraiva, 2003; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Direito à prova no processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

5. Nesse contexto, são vedadas perguntas equívocas, tendenciosas, obscuras, que não permitam ao interrogando a exata compreensão do que lhe é questionado. Da mesma forma, é vedada a realização de interrogatórios longos, sem intervalos, que conduzam o interrogando à exaustão, diminuindo-lhe a capacidade cognitiva.

6. Segundo expõe ROXIN: “[...] en el derecho penal alemán, se garantiza la protección frente a una auto-incriminación involuntaria y subrepticia, de tal forma que el parágrafo 136 a) del Código Procesal Penal prohíbe todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado y sanciona la violación de esta prohibición con la imposibilidad de usar en el proceso la declaración así conseguida. La Ley expresamente menciona entre los métodos prohibidos los malos tratos, el agotamiento, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, la promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o de la capacidad de comprensión. Es importante destacar que la jurisprudencia ha hecho extensiva la idea original del parágrafo 136 a) del Código Procesal Penal más allá de su tenor literal. De esta forma, el conocido detector de mentiras está prohibido en el Derecho Procesal alemán (BGHSt 5, 332). Por medio de este aparato, se muestra el funcionamiento inconsciente del cuerpo, como la respiración o la presión arterial, de donde se deducen ciertas conclusiones con relevancia probatoria; porque con ello el imputado resulta forzado, contra su voluntad, a suministrar pruebas contra sí mismo. Pero si el imputado solicita libremente ser sometido al detector de mentiras, no existe un ataque al principio nemo – tenetur; no obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán considera al detector de mentiras como un medio de prueba totalmente inadecuado por los muchos errores que se derivan de su uso (resolución de diciembre de 1998, BGHSt 44, 308)”. (**La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal**, p. 132-133)

7. No direito espanhol, o Tribunal Constitucional, na STC 161/1997, compreendendo que o direito contra a auto-incriminação consubstanciava uma garantia do direito fundamental à defesa, consignou que: “Por una parte, el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia. [...] mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del

tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que (su) declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele (al imputado) la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [...] son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable". (precedente citado por CORDÓN MORENO, Faustino. **Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 170-171)

8. O CPP, em sua redação original, determinava, em seu artigo 191, que seriam consignadas "as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo". A Lei 10.792/03, readequando à ordem constitucional a parte atinente ao interrogatório, revogou tal norma. Criticando a redação antiga do artigo 191 do CPP, QUEIJO asseverava que "a consignação das perguntas, com relação às quais o acusado exerceu o direito de calar, permite extrair elementos para valoração do silêncio do acusado... aliás, outra não pode ser a razão para que se venha a consignar as perguntas não respondidas. Dessa forma, para que do silêncio do acusado não se extraia nenhuma consequência prejudicial, protegendo amplamente o nemo tenetur se detegere, não deve haver consignação das perguntas não respondidas pelo acusado. Com maior razão ainda restará violado o direito ao silêncio, se o acusado for compelido a fornecer as razões pelas quais deixou de responder uma pergunta. Deve-se observar, primeiramente, que o exercício de um direito não precisa ser justificado por seu titular. Por outro lado, esvazia-se por completo o direito ao silêncio do acusado se tiver ele de declinar as razões para calar. É que, ao fornecer referidas razões, o acusado terá declinado do direito ao silêncio, passando a responder à pergunta indiretamente". (**O direito de não produzir prova contra si mesmo**, p. 216)

9. Na expressão de Ernest BENDA (Dignidad humana y derechos de la personalidad, in **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones

Jurídicas y Sociales, 1996, p. 127), "...en la esfera del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal, el art. 1.1 GG protege al inculpado por una acción punible de ser reducido a la condición de mero objeto de la pretensión estatal de castigo... Quien se sienta afectado en sus derechos por una decisión, tiene derecho a expresarse a fin de influir en el proceso y en sus resultados. Uno de los derechos del inculpado consiste precisamente en poder defenderse mediante participación activa en el proceso, a no ser forzado a hablar contra su voluntad".

10. Na Espanha, comentando o disposto no artigo 520 da LECrim, MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ asseveram que: "En desarrollo de la norma constitucional, la LECrim enumera, en primer lugar, el derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez (art. 520.2.b). Así pues, queda en manos del detenido prestar declaración si quiere, negarse a declarar, responder a todos los que le pregunten o solamente a algunos, contestar a todo o solamente a una parte del interrogatorio, de modo que se reconoce una plena libertad al detenido para 'administrar' sus declaraciones. Esta libertad incluye también solicitar que se le tome declaración en cualquier momento". (**Derecho Procesal Penal**. Valencia: Tirant lo Branch, 2004. p. 278)

11. O deficiente auditivo também tem o direito a não ser compelido a se comunicar por intermédio de sinais acerca do **fato tido como criminoso**, devendo disso ser advertido. Da mesma forma, ninguém pode ser compelido a realizar qualquer comportamento que importe na produção de prova contra si, tal como se dá com a chamada "reconstituição de crime" prevista no artigo 7º do CPP ("Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública"), também disso devendo ser advertido.

12. Assim, na linha do que estabelece o artigo 193 do CPP, o estrangeiro que não falar a língua nacional deverá ser informado desse direito por intermédio de intérprete, máxime porque se trata de medida prejudicial à realização do próprio interrogatório. Na Espanha, a LECrim é expressa, no artigo 520, 2, e, ao conceder ao preso o "Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano". Acerca do direito à informação, MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ expõem que "...la información ha de transmitirse de **modo comprensible**, exigencia constitucional que no autoriza el empleo de expresiones o de fórmulas técnicas, que no le permitan al sujeto tomar conciencia del contenido de lo que debe saber". (**Derecho procesal penal**, p. 276)

13. Nessa linha, a decisão da Suprema Corte Norte-Americana, tomada em 13 de junho de 1966, no caso *Miranda vs. Arizona*, constitui verdadeiro divisor de águas no direito norte-americano, firmando significativamente a imprescindibilidade da informação acerca do direito a permanecer em silêncio. Nessa oportunidade, o Chief Justice Warren manifestou o entendimento da Corte nos seguintes termos:

"...the prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination. By custodial interrogation, we mean questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody... As for the procedural safeguards to be employed... the following measures are required. Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process that he wishes to consult with an attorney before speaking there can be no questioning. Likewise, if the individual is alone and indicates in any manner that he does not wish to be interrogated, the police may not question him.

The mere fact that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and thereafter consents to be questioned...

The Fifth Amendment privilege is so fundamental to our system of constitutional rule and the expedient of giving an adequate warning as to the availability of the privilege so simple, we will not pause to inquire in individual cases whether the defendant was aware of his rights without a warning being given...

The warning of the right to remain silent must be accompanied by the explanation that anything said can and will be used against the individual in court. This warning is needed in order to make him aware not only of the privilege, but also of the consequences of forgoing it... [T]his warning may serve to make the individual more acutely aware that he is faced with a phase of the adversary system – that he is not in the presence of persons acting solely in his interest...

The principles announced today deal with the protection which must be given to the privilege against self-incrimination when the individual is first subjected to police interrogation while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way. It is at this point that our adversary system of criminal proceedings commences, distinguishing itself at the outset from the inquisitorial system recognized in some countries. Under the system of warnings we delineate today or under any other system which may be devised and found effective, the safeguards to be erected about the privilege must come into play at this point...

Miranda v. Arizona

...[W]e hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized..."

Tradução livre: "...a persecução penal não pode utilizar declarações, sejam exculpatórias, sejam inculpatórias, decorrentes de interrogatório sob custódia do acusado, salvo se demonstrar o emprego de efetivas garantias procedimentais hábeis a proteger o direito contra a auto-incriminação. Por interrogatório sob custódia, referimo-nos a questionamentos que sejam iniciados por agentes públicos encarregados de fazer cumprir a lei depois de que uma pessoa foi levada presa... Para que as garantias procedimentais sejam tidas como empregadas... as seguintes medidas são necessárias. Antes de qualquer questionamento, o acusado deve ser advertido de que tem o direito a permanecer em silêncio, que qualquer declaração que venha a realizar pode vir a ser utilizada como prova contra ele e que tem o direito à assistência de um advogado, constituído ou nomeado. O acusado pode renunciar à aplicação desses direitos, desde que a renúncia seja feita de forma voluntária, consciente e com inteligência. Se, entretanto, ele demonstrar, de qualquer maneira ou em qualquer momento do procedimento, que ele deseja consultar um advogado antes de falar, não pode ser levado a efeito o questionamento. Da mesma forma, se o acusado está sozinho e demonstra de qualquer maneira que não deseja ser interrogado, a polícia não lhe pode questionar.

O simples fato de que o acusado possa ter respondido algumas perguntas ou realizado voluntariamente algumas declarações não lhe tolhe o direito de deixar de responder a ulteriores perguntas, até que consulte um advogado, sem prejuízo de que, depois disso, venha a consentir em ser questionado...

O direito previsto na 5ª Emenda é tão fundamental para o nosso sistema, em que há supremacia constitucional, e o expediente de dar

a adequada advertência de modo a tornar eficaz o direito tão simples, que nós não pararemos para averiguar, em casos individuais, se o acusado estava ciente de seus direitos naquelas hipóteses em que a advertência não seja dada.

A advertência do direito a permanecer em silêncio deve ser acompanhada da explicação de que qualquer coisa que seja dita pode e será utilizada contra o acusado em juízo. Essa advertência é necessária de modo a torná-lo ciente não apenas de seu direito, mas também das conseqüências de deixá-lo de lado... Essa advertência pode servir para tornar o acusado mais rapidamente ciente de que ele está lidando com uma fase de um sistema acusatório – ele não está na presença de pessoas que estejam agindo somente em seu interesse...

Os princípios anunciados hoje tratam da proteção que deve ser dada ao direito contra a auto-incriminação quando uma pessoa é, primeiramente, submetida a interrogatório policial durante a prisão na delegacia ou de outra forma privado de sua liberdade de ação de qualquer modo significativo. É neste ponto que nosso sistema criminal de procedimentos acusatórios começa, distinguindo-se, desde o início, do sistema inquisitorial reconhecido em alguns países. Sob o sistema de advertência que delineamos hoje ou sob qualquer outro sistema que possa ser vislumbrado e tido como efetivo, as garantias a serem erigidas em favor do direito devem vir à tona a partir desse momento...

Miranda v. Arizona

...Nós decidimos que, quando alguém é levado preso ou de qualquer forma privado de sua liberdade pelas autoridades de qualquer maneira significativa e é submetido a questionamentos, o direito contra a auto-incriminação é posto em perigo..."

Recentemente, em *Dickerson vs. United States*, a Suprema Corte reafirmou a aplicação de *Miranda vs. Arizona*, afastando a Seção 3501 do Crime Bill de 1968, na qual se autorizava, em alguns casos, a utilização de confissões voluntárias sem que tivessem sido realizadas as *Miranda warnings* (advertências).

14. Nos casos em que há dúvidas acerca de se o Estado, efetivamente, informou ao **preso** seu **direito a permanecer em silêncio**, ROXIN expõe que: "Resulta delicado que pueda afectarse la prohibición de valorar la declaración cuando hay dudas respecto al hecho de si se ha llegado a instruir al procesado. Aquí, no es directamente aplicable el principio in dubio pro reo, porque la duda no se refiere a la culpabilidad del procesado, sino a la existencia de una grave infracción procesal. Pero cuando lo dudoso es si los principios

de la dignidad humana y del 'fair trial' se han cumplido, no resulta menos grave que la duda sobre la culpabilidad del procesado. A este respecto, abogo en estos casos por la aplicación analógica del principio in dubio pro reo. De esta forma, se evita la posibilidad al procesado de anular una confesión voluntariamente realizada, afirmando éste, posteriormente, que no habría sido instruido abiertamente de sus derechos, pues, si el funcionario público levanta un acta sobre la instrucción de los derechos del procesado y su interrogatorio, y ésta se firma, resulta clara la situación probatoria". (ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000. p. 128-129)

15. "Entrevistas informais" é um termo bastante empregado, em juízo, por policiais ao exporem que determinadas informações obtidas junto ao indiciado não se deram nos momentos previstos no CPP.

16. O estabelecimento das relações comunicativas nos momentos típicos perfaz, com efeito, elemento central da validade da prova então colhida, já que somente nesses momentos pode ser garantido, formal e materialmente, o direito **contra a auto-incriminação**. Com efeito, para garantir um concreto respeito ao direito **contra a auto-incriminação**, apenas se os questionamentos se derem em meio ao procedimento previsto em lei encontrar-se-ão meios de controlar a atividade estatal.

17. Destaque-se, no ponto, a destacada função que a **garantiada assistência** de advogado, prevista no próprio inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, desempenha em tais momentos: além de assegurar a necessária vigilância sobre as atividades estatais, trazendo consigo a potencialidade de evitar o emprego de instrumentos de coação contra o **preso**, permite-lhe o prévio e adequado aconselhamento jurídico cabível.

18. A **prisão** constitui-se na restrição máxima ao princípio constitucional da liberdade de locomoção; retira-se, do sujeito, quase que de forma completa, a opção ir/permanecer. É levada a efeito pelo Estado por obra de uma delimitação espacial severa dentro da qual o corpo poderá ambular. Tem como objeto a assunção, quase que completa, da opção ir/permanecer pelo Estado. Dessa assunção de **poder** sobre o **corpo** decorre a **fragilização** do preso, que passa a se encontrar, praticamente, à estrita disposição do Estado. Por tal ótica, se não se restringirem as relações de comunicação com o preso, acerca dos fatos tidos como ilícitos, aos momentos legalmente para tanto previstos, restará o preso exposto, a todo e qualquer momento, à realização desses "interrogatórios extra-oficiais", não havendo, por decorrência, nenhuma garantia de que serão seguidas as formalidades legais instituídas (aliás, a realização de um

“interrogatório”, nesse ambiente, perfaz a demonstração inequívoca da ausência de interesse estatal no cumprimento dos ditames legais incidentes). Ademais, o estabelecimento das comunicações em seus momentos legalmente previstos também permite sejam contrabalançadas as debilidades cognitiva e técnica padecidas por determinados presos, assegurando-se igualdade material no âmbito persecutório: se um magistrado ou membro do Ministério Público, uma vez **presos**, têm a exata dimensão das conseqüências de eventual **auto-incriminação**, encontrando-se em melhor posição de defesa, muito possivelmente um mendigo não tenha essa compreensão.

19. Devem-se diferenciar, contudo, as “entrevistas informais”, que pressupõem um investigado, das meras perguntas de orientação feitas por policiais na cena do crime, realizadas quando não há, ainda, nenhuma imputação a quem quer que seja. No que tange às meras perguntas de orientação, não incide, ainda, o direito a ser informado o direito a permanecer em silêncio, uma vez que, ainda, não há investigado em favor de quem possa incidir o direito fundamental contra a auto-incriminação. Nas palavras de ROXIN: “Tampoco las preguntas que se realizan sobre los detalles del hecho y que realiza el policía a quien se ha llamado al lugar del suceso, sin que exista aún ningún imputado, constituyen interrogatorio, ni requieren una instrucción previa de derechos. Si alguien, frente a estas preguntas de orientación, realiza declaraciones inculpatórias, podrán éstas ser utilizadas en un proceso. La obligación de instruir respecto a los derechos del imputado, con el consiguiente efecto de no poder ser usada procesalmente la declaración realizada sin una previa instrucción, nace cuando alguien pasa de ser considerado testigo a imputado. Esto sucedería ya en el caso en que se preguntara a alguien sobre el que recae ya una concreta sospecha. No es preciso, por tanto, una incriminación formal o una designación concreta como ‘imputado’.” **(La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal, p. 144-145)**

20. Observa-se, embora se acredite seja uma prática policial pouco usual, que alguns desses “interrogatórios extra-oficiais”, especialmente aqueles que são levados a efeito mediante tortura, não são empregados com o fim de serem, de qualquer modo, referidos em juízo. Trata-se, no mais das vezes, de uma “estratégia” que, ciente da ilicitude originária, que é deliberadamente descartada posteriormente, serve-se da colheita junto ao indiciado de elementos de informação a partir do quais será realizada a colheita de elementos outros de prova que, daí sim, serão empregados em juízo.

21. Disso decorre, por sua vez, o “deterrent effect” do direito americano, que, nas palavras de GARCIA MORILLO, funda-se na compreensão de que “sólo la amenaza de que las pruebas

ilícitamente obtidas serían excluidas constituiría 'una disuasión racional' susceptible de estimular la legalidad del comportamiento de la policía o el que la policía fuese efectivamente entrenada en el respecto de los standards de protección de los derechos fundamentales". (**El derecho a la libertad personal**, p. 243) GARCIA MORILLO afirma, ainda, que o "deterrent effect": "...aleja de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la tentación de desconocer o postergar, en aras de una supuesta mayor eficacia, el necesario respeto a los derechos fundamentales. En efecto, es poco dudoso que esta tentación, siempre presente en todos los tiempos y en todas las partes, será menor, y hasta cabe esperar que desaparezca, si los agentes de tales fuerzas llegan no ya a conocer, sino a interiorizar, que la vulneración de los derechos fundamentales del sospechoso o del detenido llevará aparejada, muy posiblemente, la anulación de la prueba y su consiguiente absolución, por más culpable que en realidad sea. La absolución, en estos casos, de quienes sean culpables es el – muy rentable – precio a pagar no ya por la protección de los derechos de todos, y especialmente de los de quienes sean inocentes, sino también por la certeza de que quienes han de proteger nuestra seguridad no se verán tentados de desconocer o vulnerar nuestros derechos". (**El derecho a la libertad personal**, p. 132)

22. Outros sim, cabe dizer que todos os elementos de informação que derivarem de tal violação também serão imprestáveis para servirem como prova contra o preso. No direito norte-americano, a teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree) encontra-se sendo aplicada há décadas (v.g. Wong Sun vs. United States – 371 US 471, 487 – de 1962). Funda-se na contaminação por derivação de todas as provas que provenham, por uma linha de causalidade, de uma prova ilicitamente obtida, constituindo-se em uma das teorias que compõem a exclusionary rule, que, conforme referido no caso Arizona vs. Evans (514 US 1 (1995)), "was historically designed as a means of deterring police misconduct" (tradução livre: "foi historicamente desenvolvida como um meio para deter ações policiais ilícitas"). Com efeito, consoante se observa em United States vs. Calandra (441 US 338), "the exclusionary rule, under which evidence obtained in violation of the Fourth Amendment or the fruits of such evidence cannot be used in a criminal proceeding against the victim of the illegal search and seizure, is a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect on future unlawful police conduct" (tradução livre: "a regra de exclusão [de provas], a partir da qual uma prova obtida com violação à Quarta Emenda ou os frutos derivados de tal prova não podem ser utilizados em um procedimento criminal contra a vítima de ilegal busca e apreensão, é um remédio judicial criado com a finalidade de salvaguardar os direitos previstos na Quarta Emenda, especialmente através de seu efeito dissuasório sobre futuras

condutas policiais ilícitas”). Apresenta, como exceções à aplicação, aquelas hipóteses em que o nexo de causalidade entre a prova ilícita e as demais (estas licitamente obtidas) ou é excluído ou é amainado com extremo rigor. Tais hipóteses de exceção consubstanciam a independent source (v.g. *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* – 251 US 385,392) e a inevitable discovery (v.g. *Nardone vs. United States*, 308, US 338,341). A independent source, como o próprio nome traz (fonte independente), afasta, absolutamente, a relação de causalidade entre a prova ilícita e a prova sobre a qual se aprecia a licitude, negando que esta derive daquela. A inevitable discovery (descoberta inevitável), por sua vez, tem que, utilizando-se as palavras do Justice Brennan no caso *Wong Sun vs. United States*, “the connection between the lawless conduct of police and the discovery for the challenged evidence has become so attenuated as to dissipate the taint” (tradução livre: “a conexão entre a conduta ilícita da polícia e a descoberta da prova desafiada tornou-se tão atenuada ao ponto de dissipar a mácula”).

A referida teoria encontra franca aplicação no Supremo Tribunal Federal, conforme dão conta, exemplificativamente, os seguintes precedentes: HC 72.588/PB, Pleno, Rel. Maurício Correia, DJ de 04.08.2000; HC 74.116/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 14.03.1997, p. 6903.

Com efeito, no direito brasileiro, no direito à vedação à utilização de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI, da CF), encontra-se, também, a vedação à utilização das provas derivadas da prova ilícita, inicialmente, colhida.

O direito fundamental previsto no inciso LVI do artigo 5º da CF, além de vir a proteger a esfera jurídica daquele contra quem a prova é produzida, visa a, também, forçar a persecução penal a que, para a obtenção de provas, aja, **sempre**, dentro da licitude; a não se aceitar, como presente no conteúdo do inciso LVI do artigo 5º da CF, a vedação à utilização da prova derivada da prova ilícita, estar-se-ia a esvaziar completamente o alcance normativo do próprio direito fundamental, isso porque, ao final, permitir-se-ia à persecução penal que viesse a burlar a vedação prevista no inciso LVI do artigo 5º da CF, utilizando-se, de maneira reflexa, justamente da prova ilícita a que estava impedida de obter, já que dela (da prova ilícita) é que decorreriam as provas em que se fundaria para requerer a condenação de alguém.

Ademais, devido à causalidade decorrente entre a prova ilícita e as demais, mesmo que se desconsiderasse a prova ilícita em si mesma, continuaria ela a ter relevância no processo, já que seus frutos, as demais provas, que são reflexos dela, serviriam como base para um decreto condenatório.

Em verdade, na história relevante a partir da qual teriam surgido as demais provas, jamais se conseguiria apagar a gênese espúria de todas elas, que seriam fruto de uma violação frontal ao direito fundamental previsto no inciso LVI do artigo 5º da CF. Por conseguinte, a não se aceitar, no conteúdo do inciso LVI do artigo 5º da CF, a vedação à utilização das provas decorrentes da prova ilícita, estar-se-ia, em última análise, a admitir que, de uma violação a direito fundamental levada a efeito por parte da persecução penal, poderiam surgir, justamente em detrimento daquele que teve violado o direito fundamental, provas que contra si viriam a ser utilizadas em procedimentos criminais.

Para a persecução penal, o meio por esta empregado para agir assume especiais contornos. Não pode a persecução penal violar o tantas vezes referido direito fundamental, desconsiderando a esfera jurídica do investigado, que deixa de ser tido como um fim em si mesmo e que passa a ser tido como mero objeto (uma vez que não se leva em conta a incidência de um direito fundamental seu), para, após, vir à tona clamar pela aplicação da lei penal, valendo-se, então, de provas cuja colheita só se fez possível a partir da violação de um direito fundame